



GUUS HEERMA DE VOS
Hoogleraar sociaal recht aan
de Universiteit Leiden

Wijziging van een beoordelingssysteem

Geschil

Het bedrijf Interpay hanteert sinds 1997 als proef een beoordelingssysteem, waarmee de or heeft ingestemd. In consensus is deze regeling jaarlijks verlengd. In 1999 besloot Interpay de beoordeling volgens deze regeling van een aantal medewerkers op een later moment te laten plaatsvinden dan waarin de regeling voorzag. Ook wilde zij de regeling in 2000 continueren. Ten slotte wilde zij een Management Ontwikkelings Traject (MOT) invoeren. Alleen voor dit laatste vroeg zij de instemming van de or, welke werd geweigerd. Zowel de or als Interpay gingen naar de rechter. De or verzocht om te verklaren dat de wijziging en de continuering van het proefbeoordelingssysteem ten onrechte werden doorgevoerd zonder instemming van de or te vragen. Interpay verzocht om een verklaring dat de instemming van de or bij deze twee onderwerpen niet vereist was. Daarnaast verzocht zij de kantonrechter om vast te stellen dat de or ten onrechte zijn instemming had onthouden aan het MOT.

Uitspraak

De or kreeg op alle punten ongelijk. Er was geen

sprake van wijziging van de beoordelingsregeling, de verlenging was niet instemmingsplichtig en de kantonrechter gaf Interpay toestemming de MOT in te voeren (*Kantongerecht Utrecht 20 september 2000, ROR 2001-13*).

Commentaar

De toepasselijkheid van het instemmingsrecht levert vaak vragen op. In deze zaak was sprake van een afwijking van het met instemming van de or vastgestelde beoordelingsreglement. De bedrijfscommissie had in dit opzicht aangesloten bij jurisprudentie van de ondernemingskamer van het Hof Amsterdam over het adviesrecht. In die rechtspraak is het van belang of er sprake is van een belangrijk besluit. Daarom oordeelde de bedrijfscommissie dat van belang was welke aantallen werknemers erbij betrokken waren als ook de effecten op de uiteindelijke beoordeling. De kantonrechter wees er echter op dat die jurisprudentie van de ondernemingskamer handelt over een ander wetsartikel. Bij het instemmingsrecht is niet van belang of het besluit belangrijk is. Elke wijziging van een regeling die onder artikel 27 WOR valt, is in principe instemmingsplichtig. Dat betekende weer niet dat de or zijn zin kreeg.

Van een wijziging van een regeling is volgens de kantonrechter slechts sprake indien de bestaande regeling door een besluit van de ondernemer anders wordt, in die zin dat die regeling zodanig wordt aangevuld of ingekrompen, dat de gedaante, de inhoud of de toepassing wijzigt. De regeling zelf voorzag in een aangepast beoordelingsmoment indien de medewerker op het vaste moment nog te kort in dienst was. Nu de ondernemer in dit geval had besloten tot een later beoordelingsmoment omdat de manager die de beoordeling moest uitvoeren kort in dienst was of langer dan zes maanden ziek was, had hij aangesloten bij de regeling en deze niet gewijzigd. De aanpassing hield de beoordelingscyclus (werkafspraken, voortgangsgesprek, beoordelingsgesprek) waar de or sterk aan had gehecht in stand. Juist als de ondernemer anders had gehandeld was er sprake geweest van een wijziging van het beoordelingssysteem.

Wat betreft de continuering van de beoordelingsregeling in het jaar 2000 wees de or op de in de voorafgaande jaren door de onderneming gevraagde 'accordering' met verlenging van de regeling. De kantonrechter meende echter dat dit niet betekent dat de or daarmee instemmings-

recht gesproken

ANNEKE VAN AMMELROOY



Groep

De ondernemingsraden van de elf publieke omroepen in Nederland wilden dat de werkgevers meewerkten aan het instellen van een groepsondernemingsraad (gor), vooral om inspraak te krijgen in besluiten van de NOS. Want in ons, aan buitenlanders niet uit te leggen, omroepstelsel mag de NOS besluiten nemen die direct de werknemers van alle omroepen raken. De Mediawet heeft geen enkele beroepsmogelijkheid ingebouwd voor de werkgevers van de omroepen, laat staan voor de werknemers. Medezeggenschap wordt zo bij de omroepen deels een wassen neus.

Om de gor op te richten deden de or'en van de omroepen een beroep op de WOR die de mogelijkheid biedt om voor een 'in een groep verbonden ondernemers', dat wil zeggen: de ene ondernemer kan besluiten nemen die de andere ondernemers binden. De wet is hier verder nogal vaag over. Zó vaag, vond de Bedrijfscommissie voor de Dienstverlening, dat de omroepbazen niet gedwongen konden worden voortaan met een gor te praten.

Wel vond de Bedrijfscommissie dat er iets aan de gebrekkige medezeggenschap bij radio en te-

levisie gedaan moest worden. Men adviseerde dat beide partijen onder leiding van een onafhankelijke derde een medezeggenschapsconvenant zouden opstellen.

Dat was te mager voor de or'en bij de omroepen. Ze hebben de zaak aangekaart bij de kantonrechter. Blijkbaar is een gor in verband met besluiten van de NOS zo belangrijk dat de omroep-or'en bereid zijn zichzelf weg te cijferen. Want door de instelling van een gor mogen de omroepen geen eigen or'en meer hebben.

(*Bedrijfscommissie voor de Dienstverlening, 24 januari 2002.*)



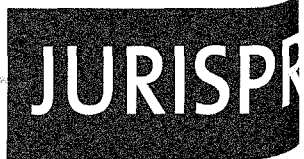
Klokkenluider moet schade betalen

De klokkenluider van Petten had volgens de rechter eerst onder meer de ondernemingsraad moeten inschakelen voordat hij naar de pers stapte. Maar de Organon-internist Stiekema die eerst naar de verplichte medisch ethische commissies stapte (zonder de pers in te lichten), had dat weer niet mogen doen.

Wat was er aan de hand? Organon liet onderzoek doen naar de dosering van een nieuw genees-

middel voor hartpatiënten. Hiervoor werd een studieprotocol opgesteld. Op zeker moment wilde de manager van het onderzoekproject de dosering verlagen. Volgens Stiekema was dat gevaarlijk voor de proefpersonen. Maanden van touwtrekken volgden. Stiekema besloot de medisch ethische commissies die toezicht houden op zulk onderzoek, middels een brief in te lichten over zijn twijfels. Blijkbaar waren die aanneemelijk genoeg om het onderzoek voorlopig stil te leggen. Organon leed hierdoor schade en vroeg om het ontslag van Stiekema. Dat werd al tien dagen na verzending van de brief toegekend.

Twee jaar later eiste Organon ook nog eens een schadevergoeding. Ook die werd toegekend omdat Stiekema het bedrijfsgeheim had geschonden, vond de rechter. Een merkwaardige uitspraak omdat die medisch ethische commissies nou juist bedoeld zijn om de leek die zich als proefpersoon laat gebruiken, te beschermen tegen onverantwoordelijke experimenten. Nooit is beweerd dat een klager dat keihard moet kunnen aantonen. Een arts die over vermoedelijke schadelijke praktijken zwijgt, wordt gestraft. Hopelijk kan Stiekema nog de energie opbrengen om in beroep te gaan. Kunnen we niet eens een congresje beleggen over



Ingeleend

RICHARD KLATTEN

advocaat bij
Kennedy Van der Laan
te Amsterdam



recht had. De wens van de ondernemer om de verlenging in consensus te regelen, was niet hetzelfde als het verlenen van instemmingsrecht, aldus de kantonrechter. Daarbij merk ik op dat niet helemaal duidelijk is in hoeverre de oorspronkelijke regeling aan een termijn was gebonden. Te verdedigen valt dat in dat geval voor een verlenging wel instemming van de or nodig is, want in feite wordt dan een nieuwe regeling (namelijk voor een ander jaar) vastgesteld.

Ten slotte had de or met betrekking tot de MOT onvoldoende vertrouwen in een voldoende objectieve beoordeling, mede omdat dit opleidings-traject voorziet in het vervallen van bepaalde managementfuncties op basis van de uitkomst van een assessment, zonder dat hierover door de ondernemer veel informatie was gegeven. Deze weigering vond de kantonrechter niet onredelijk, maar toch vergden zwaarwegende bedrijfsorganisatorische en bedrijfseconomische redenen de invoering ervan, mede door de samenhang met een belangrijke reorganisatie.

Betekent dit laatste nu dat het instemmingsrecht niet veel voorstelt? Nee, de or heeft wel degelijk mogelijkheden om invloed uit te oefenen op de inhoud van een instemmingsplichtig besluit. Het betekent wel dat de or niet elk besluit kan tegenhouden waarmee hij het niet eens is. Er is altijd ruimte voor afweging van de belangen van het personeel tegenover dringende belangen van de ondernemer, die in dit geval nadelig uitviel voor de or.

IDENTITEIT

de vraag of or'en de rol van de klokkenluider mogen/moeten overnemen? Zij genieten immers al ontslagbescherming en mogen zich druk maken over het voortbestaan van de onderneming. Er zijn immers ook bedrijven die zorgen dat ze gauw failliet gaan na actie van een klokkenluider.

(Kantongerecht Amsterdam, 4 december 2001)



Discriminatie bij pensioenen

Frankrijk kent een vervroegd pensioen voor vrouwelijke ambtenaren die doodzieke echtgenoten willen verzorgen. Een mannelijke ambte-

naar wilde dat ook om voor zijn ernstig zieke vrouw te zorgen maar dat werd geweigerd. Hij daagde de staat voor het Europese Hof van Justitie. Dat vond ook dat er sprake was van discriminatie op grond van geslacht. Een interessante uitspraak voor or'en die instemmingsrecht hebben op het gebied van pensioenen. Vinden zij dat er sprake is van discriminatie, kunnen zij aankloppen bij de Commissie Gelijke Behandeling (voor een openbaar adviserend oordeel) of de rechter (voor sancties).

(Europees Hof van Justitie, 13 december 2001.)

De werknemer is in januari 1990 in dienst getreden van een schoonmaakbedrijf en is door dit bedrijf tewerkgesteld als schoonmaker bij een bank. Op een gegeven moment gaat hij op verzoek van de bank pc's afleveren bij diverse kantoren van de bank. Vervolgens gaat hij de pc's ook installeren. Uiteindelijk gaat hij op de afdeling kantoormachines een meldpunt voor storingen beheren en kleine storingen verhelpen. Met ingang van november 1993 wordt aan de werknemer op voorstel van de bank salarisverhoging toegekend overeenkomstig de cao Bankbedrijf. De werknemer verdient daarmee hetzelfde als collega's binnen de bank die vergelijkbaar werk doen, zij het dat hij niet dezelfde secundaire arbeidsvoorwaarden heeft. Gedurende al die jaren levert de werknemer elke week werkbriefjes in bij het schoonmaakbedrijf en betaalt deze zijn loon. In november 1994 deelt de bank het schoonmaakbedrijf en de werknemer mee dat de werkzaamheden van de werknemer per 1 juli 1995 komen te vervallen. De werknemer kan zich daarmee niet verenigen en vordert een verklaring voor recht dat tussen hem en de bank een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. De kantonrechter en de rechtbank in hoger beroep wijzen de vordering van de werknemer toe.

De Hoge Raad oordeelt echter anders. Volgens de Hoge Raad kan in een zaak als deze alleen een arbeidsovereenkomst tussen inlener en ingeleende werknemer tot stand komen als beide partijen zich hiertoe jegens elkaar verbonden hebben. Het criterium dat de rechtbank heeft toegepast, te weten dat onderzocht moet worden hoe partijen feitelijk uitvoering hebben gegeven aan hun arbeidsverhouding, is naar het oordeel van de Hoge Raad op zijn plaats in situaties waarin de vraag aan de orde is of een bepaalde overeenkomst, bijvoorbeeld een afroepcontract, moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst in de zin van het Burgerlijk Wetboek. Het criterium kan echter niet worden toegepast in een zaak als deze waarin een werknemer die al een arbeidsovereenkomst met een werkgever heeft, voor een andere werkgever werkzaamheden gaat verrichten zonder dat daarbij is afgesproken of hij al dan niet bij deze tweede werkgever in dienst treedt.

Uitzonderlijk

De uitspraak van de Hoge Raad betekent dat slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden aangenomen dat een werknemer die door de ene werkgever wordt uitgeleend aan de andere, bij die andere werkgever in dienst is gekomen. Ook indien de werknemer al jarenlang voor de inlener werkt en deze hem instructies geeft over de werkzaamheden (in het juridisch jargon: er een gezagsverhouding bestaat tus-

sen inlener en werknemer) betekent dit nog niet dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Deze ontstaat pas op het moment dat de inlener en de werknemer besluiten om een arbeidsovereenkomst aan te gaan. De werknemer zal dan in de regel ook de arbeidsovereenkomst met de uittlener opzeggen. De situatie van de ingeleende werknemer verschilt daarmee van die van een werknemer die voor een werkgever werkt zonder dat duidelijk is of hij een (vaste) arbeidsovereenkomst heeft, bijvoorbeeld omdat hij als oproepkracht werkt of omdat hij mogelijk zelfstandig ondernemer is in plaats van werknemer. In deze tweede situatie is sprake van een arbeidsovereenkomst als voldaan wordt aan de criteria dat er arbeid wordt verricht, er loon wordt betaald en er een gezagsverhouding is tussen werkgever en werknemer. Bij een ingeleende werknemer is het daarnaast, blijkens de uitspraak van de Hoge Raad, ook noodzakelijk dat inlener en werknemer uitdrukkelijk een arbeidsovereenkomst hebben willen sluiten. De achtergrond hiervan is dat de ingeleende werknemer nog een werkgever heeft, de uittlener. Voor de oproepkracht of de pseudo zelfstandige geldt dat niet.

Aanbod functie

Voor de ondernemingsraad betekent deze uitspraak concreet dat hij er rekening mee moet houden dat de arbeidsrelatie met door de ondernemer ingeleende werknemers van de ene dag op de andere beëindigd kan worden. Als het om grote aantallen ingeleende werknemers gaat, kan dit gevolgen hebben voor de omvang van de OR en mogelijk ook zelfs voor de verplichting om deze in te stellen, indien het aantal werknemers hierdoor onder de 50 zou zakken. In de Wet op de ondernemingsraden is bepaald dat uitzendkrachten die tenminste 24 maanden in de onderneming werkzaam zijn worden aangemerkt als in de onderneming werkzame personen. Ingeleende werknemers zijn in de meeste gevallen uitzendkrachten. Zij tellen dus, na 24 maanden, mee als werknemers in de zin van de Wet op de ondernemingsraden. Een ander punt is dat de OR zich mogelijk de belangen van ingeleende werknemers aantrekt. Indien dat het geval is, zou de OR de ondernemer kunnen voorstellen dat deze bij beëindiging van de inlening na een lange periode (bijvoorbeeld langer dan twee of drie jaar) de ingeleende werknemer een functie binnen de onderneming aanbiedt, indien de werknemer dat wenst en indien een dergelijke functie voorhanden is. In de hierboven besproken zaak had een dergelijk aanbod mijns inziens voor de hand gelegen, nu de bewuste werknemer bijna vijf jaar voor de bank werkte, geheel ander werk dan schoonmaakwerk was gaan verrichten en krachtens de bank-cao betaald werd.